

A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL EM RELAÇÃO AOS ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS ELETRÔNICOS

L'EFFETIVAZIONE DELLA PROTEZIONE GIURIDICA RELATIVA AI STABILIMENTI VIRTUALI

GUILHERME DORIGO TOMEDI

Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Endereço eletrônico: guilherme@ferrazadvogados.com.br.

SANDRO MANSUR GIBRAN

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1996), Mestre em Direito Social e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003) e é Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2009). Atualmente é professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba, também de Direito Empresarial e de Direito do Consumidor da Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba -, de Direito Empresarial junto ao Centro de Estudos Jurídicos do Paraná e junto à Escola da Magistratura Federal do Paraná, além de coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial do Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba - e advogado - Roberto Ferraz Advogados. Tem experiência na área de Direito Empresarial. Endereço eletrônico: sandro@ferrazadvogados.com.br.

RESUMO

No atual mundo globalizado, a necessidade de renovação e readequação de institutos que regulam as relações intersubjetivas deve ser um exercício constante. As relações sociais sofrem diversas modificações e o avanço tecnológico facilita o contato global, conferindo forte característica de conectividade. Pode-se vislumbrar, por exemplo, que a concreta difusão da internet, possibilita, cada vez mais, uma relação de proximidade entre sujeitos de direito. O mundo virtual carrega

características singulares, relativizando a antiga noção de tempo e espaço. No âmbito virtual não se tem horário definido para adquirir um produto ou requerer um serviço, eis que os estabelecimentos virtuais estão continuamente abertos e a troca de informações atinge velocidades incriveis, fazendo com que a oferta e demanda de produtos e serviços alcance patamares realmente significativos, produzindo grande quantidade de riqueza. Nesse contexto, empreendedores de vanguarda vêm criando e administrando estabelecimentos empresariais virtuais. Vislumbrando a franca ascensão das empresas virtuais, e considerando o contínuo progresso dessas tecnologias, busca-se analisar características de estabelecimentos, até então, convencionais, comparando-os com esses empreendimentos de vanguarda. Ponderar-se-á a efetividade da tutela jurídica conferida aos empresários que atuam no setor eletrônico, eis que há diversas decisões jurídicas conflitantes em relação ao tema. Logo, conduzir-se-á o leitor a uma análise crítica acerca da necessidade de afirmação dessas novas tecnologias no sentido de garantir a tal realidade uma tutela jurisdicional efetiva e segurança jurídica a partir de uma normatização abrangente dedicada ao universo virtual.

PALAVRAS CHAVE: Comércio eletrônico; estabelecimento virtual; segurança jurídica; readequação normativa; tutela jurisdicional efetiva.

RIASSUNTO

Questo mondo globalizzato in cui viviamo fa l'esigenza di un rinnovamento ed riadeguamento delle norme che regolano le relazioni interpersonali. Così, questo deve essere un esercizio costante. Le relazioni sociali sono modificate con costanza ed il progresso tecnologico facilita il contatto globale, fornendo una fortissima funzione di connettività tra i soggetti. Si può prevedere, ad esempio, che l'effettiva diffusione di Internet offre una crescente possibilità di relazione tra i soggetti di diritto. Il mondo virtuale porta caratteristiche uniche ed modifica la vecchia nozione di tempo ed spazio. Nella realtà virtuale non si deve preoccupare con il tempo di acquisire un prodotto o richiedere un servizio. Ecco, gli stabilimenti virtuali sono continuamente aperti ed lo scambio di informazione raggiunge una incredibile velocità, facendo aumentare l'offerta di beni e servizi effettivamente, producendo, velocemente, grande quantità di ricchezza. In questo contesto, diversi imprenditori sono stati vincolati dalla creazione ed gestione di stabilimenti virtuali. Intravedendo l'effettivo aumento delle imprese virtuali, e considerando il continuo progresso di questa tecnologia, questo studio obietta analizzare le caratteristiche degli stabilimenti convenzionali, confrontandoli con la prima linea dei stabilimenti virtuali . Dobbiamo considerare la reale efficacia della protezione giuridica per gli imprenditori che operano nel settore virtuale, ecco, ci sono diverse decisioni giudiziarie sbagliate quando questo tipo di stabilimenti sono visualizzati nel ambito giuridico. Presto, il

presente studio farà una dichiarazione critica sulla necessità di riadeguamento dei leggi su queste nuove tecnologie per garantire la reale ed effettiva tutela e giuridica.

PAROLE-CHIAVE: Stabilimenti virtual; sicurezza giuridica; riadeguamento legale; efetiva tutela giuridica.

1. INTRODUÇÃO

O constante avanço tecnológico e os efeitos uniformizadores da globalização impõem que alguns institutos jurídicos nacionais, há tempos estabelecidos, sejam atualizados para não conflitarem com esta realidade social e para não serem impasse ao bom convívio inclusive oportunizado pela vanguarda da informática. Com o advento da *internet* e sua consequente pulverização aos lares do mundo todo, novas espécies de relações sociais se firmaram. Estabeleceu-se um verdadeiro universo virtual que reflete a nossa existência tangível, no qual as mais diversas atitudes cibernéticas geram consequências na vida material, concreta, “não virtual” dos sujeitos de direito. A complexidade e a rapidez com que tais relações se formam destacam o paradoxo entre a dinamicidade do mundo virtual e a estabilidade das normas positivadas do Direito. Esta situação haverá de permanecer enquanto não se definirem parâmetros legais suficientemente completos e adequados à movente sociedade moderna.

A tecnologia possibilita um sem número de novas formas de relações sociais. Na realidade virtual as leis de tempo e de espaço são relativizadas ao extremo, de maneira que, por exemplo, lojas hospedadas em *sites* de *internet* possam oferecer produtos sem, ao menos, tê-los em estoque; possam funcionar vinte e quatro horas por dia durante todos os dias da semana sem ter mais de um empregado; sem riscos de roubos e furtos (salvo as invasões de *hakers*); sem espaços físicos para operar maiores do que uma sala de escritório ou de um cômodo de residência; sem zeladores e faxineiros; sem repositores de estoque etc.. Além disso, trata-se de um ambiente em que a comunicação por meio da fala já não faz tanta diferença quando da oferta do produto e das tratativas - a imagem sítio,

comumente, é o que chama a atenção do adquirente em potencial e este age, ao mesmo tempo, como “promotor de vendas” e “comprador”.

Sendo assim, é fato que o acesso à informação e aos meios que a possibilitam serão, cada vez mais, relevantes ao nosso cotidiano e haverão de permitir maior facilidade e rapidez àquilo que ansiamos encontrar. Logo, uma das características revolucionárias do universo virtual é a capacidade de reduzir consideravelmente a distância entre aquele que busca um produto, um serviço ou uma informação, e o próprio objeto desejado.

A exploração tecnológica e suas mais variadas consequências compõem uma realidade que promove desafios aos setores mais conservadores da ciência jurídica, bem como àqueles profissionais que ainda oferecem resistência em compreender e aceitar, de maneira completa, a real influência, as particularidades e as consequências trazidas pela era virtual. Sabe-se que a ciência jurídica, como instrumento socializante, regula e transforma as relações entre os sujeitos e deve abranger quaisquer novos inventos ou situações que possam vir a influenciar a vida em sociedade, tendo em vista a sua relevância social. Sem dúvida é anseio coletivo que os três Poderes não economizem esforços para agregar o universo virtual às regras sociais como condição de segurança aos cidadãos que nele inegável e maciçamente se inserem.

Dentre as realidades da sociedade pós-moderna, encontra-se uma questão bastante atual: a criação de empresas domésticas, virtuais e de comércio eletrônico. A importância dessa possibilidade aos empreendedores é, de fato, o que vem revolucionando as relações comerciais. Em um mundo onde, cada vez mais, o espaço físico se torna escasso e custoso, diversos setores da sociedade veem no comércio eletrônico um meio de subsistência concreto. Muitas vezes, por conta da baixa disponibilidade de capital inicial e da volatilidade do mercado interno, o comércio eletrônico proporciona ao empreendedor algumas vantagens bastante consideráveis. Questões como a segurança, o espaço, o baixo custo de manutenção, a franca abertura ao mercado, a capacidade de se fazer publicidade com um baixo custo e alta abrangência, são exemplos de características que fazem com que a *internet* seja o meio escolhido por aqueles que almejam resultados favoráveis e rápidos para seus investimentos.

Agindo de acordo com o fluxo tecnológico, diversos setores, dentre eles aquele de franquias, vislumbrou a possibilidade de propiciar ao futuro franqueado as ferramentas e a estrutura necessárias para o sucesso de um pequeno empreendedor. Partindo de um conceito simples, tal mercado oferece as mais diversas configurações de negócios para quem pretende investir no comércio de vanguarda. O chamado modelo doméstico, ou *home based*, é exemplo de que se pode administrar uma empresa virtual através, apenas, de um computador, sem que haja necessidade de um ponto físico de comercialização de produtos ou de prestação de serviços. Essa nova concepção de comércio modifica a antecedente, limitada e já superada visão de um estabelecimento comercial clássico – no qual se valorizavam e reconheciam-se apenas os componentes materiais do empreendimento.

Neste sentido, a complexidade operacional de um investimento de médio e grande porte cai por terra, uma vez que franquias, denominadas domésticas, e-*franchising*, *home-based* ou micro franquias, ou mesmo empresas virtuais individuais podem se relacionar tanto ao ramo de prestação de serviços quanto de comercialização de produtos sem a necessidade de um ponto comercial, podendo funcionar a partir de bases estruturais bastante primárias.

Nos modelos de franquia baseados em comércio eletrônico, por exemplo, o franqueador disponibiliza ao franqueado um *site* particular e uma quantidade de produtos (limitados pelas cláusulas do contrato) passíveis de comercialização no próprio endereço virtual. A publicidade geralmente é promovida pelo próprio franqueado a fim de que ele possa fidelizar novos clientes ao seu estabelecimento virtual. De certa forma, a mudança do antigo paradigma relacionado ao estabelecimento comercial vem causando algumas dificuldades aos interpretadores e aplicadores do Direito. Os impasses jurídicos advindos da inovação tecnológica trazem consigo, conseqüentemente, uma heterogeneização de decisões que dispõem ou se relacionam aos estabelecimentos empresariais.

Desta forma, visando afastar qualquer nebulosidade e insegurança jurídica, faz-se necessária a adoção de ordens e conceitos jurídicos atualizados, relativos à ideia clássica de estabelecimento comercial e suas nuances, proporcionando, assim, um avanço socioeconômico efetivo.

Esse mencionado avanço é efetivo, além de ser uma realidade em pródiga ascensão, segundo matéria veiculada no *site* “Terra”, a modalidade de franquias virtuais tem um crescimento esperado de 30% até o ano de 2017 (Associação Brasileira de Franquias). Daí vislumbra-se a imperiosa necessidade de se garantir segurança jurídica à tutela dessas relações. Destaque-se ainda, de acordo com a Associação Brasileira de Franquias, que o faturamento relativo às franquias domésticas (*home-based*) cresceu 16,9% no ano de 2012. Pesquisas solicitadas à empresa de consultoria de comércio eletrônico *e-bit* mostram que o faturamento do *e-commerce* no país alcançou a soma de R\$ 6,4 bilhões no ano de 2007 e o setor de franquias, amplamente considerado, concluiu o ano de 2010 com um faturamento de R\$ 75 bilhões e um crescimento de 19% em relação ao ano anterior (Associação Brasileira de Franquias).

Desconsiderando as franquias e estabelecimentos comerciais virtuais, é válida a indicação de alguns resultados provenientes de empresas atuantes tão somente no comércio eletrônico que, apesar de não deterem lojas físicas, movimentam vultosos números em produtos e moeda. O faturamento de empresas como a antiga Sack’s, adquirida pelo grupo francês LVMH por um valor estimado entre 200 e 350 milhões de reais, teve faturamento de 100 milhões de reais, segundo matéria disponibilizada na revista EXAME, em 08 de junho de 2010. A empresa Submarino, atuante tão somente por meio de comércio eletrônico, é exemplo de sucesso e mostra o potencial incrível desse negócio de vanguarda: seu faturamento em 2003, segundo a revista EXAME, foi de R\$ 211 milhões.

Naturalmente, considerando a mercancia como inerente ao homem desde o início da civilização, os “estabelecimentos de comércio”, suas características e particularidades, passou por modificações que acompanhavam as diversas formas de negociação criadas pelo próprio homem. A estruturação de um empreendimento é característica sem a qual nenhum empresário prosperará, tamanha a necessidade de organização de um estabelecimento empresarial, conceito presente no Código Civil (artigos 966 e 1142).

Conforme atenta Hernani Estrella, a organização de um conjunto de bens, como meio instrumental para o desempenho da atividade produtora data de séculos, senão milênios. (In NETO, 2008, p.573).

Com efeito, a naturalidade com que as estruturas de comércio foram sendo geradas fez com que, inicialmente, não houvesse razão para que fossem determinadas regras voltadas à conceituação de estabelecimento comercial. A partir do avanço social e da necessidade de regulamentação, doutrina e jurisprudência, avaliando as já existentes características de estruturação empresarial, normatizaram o que hoje pode ser identificado como estabelecimento comercial. Na legislação francesa, em 1872, incluiu-se inauguralmente e para efeitos fiscais, esse conceito que, de fato, já era inerente à própria atividade comercial. “Embora velha conhecida dos comerciantes, a figura do estabelecimento só encontrou sua primeira menção legislativa em lei francesa de 1872, que cuidou da incidência de tributos sobre sua alienação”. (In NETO, 2008, p.573).

Na legislação brasileira, por sua vez, o vocábulo “casa de comércio” foi o que inaugurou a conceituação do que hoje é tido como “estabelecimento comercial”. Em diversas passagens do extinto Código Civil de 1916, do Código Comercial e do Decreto nº 916/1890 se fazia alusão à expressão “estabelecimento comercial”.

Posteriormente, o Código de Processo Civil tratou pontualmente dos institutos da penhora e usufruto do estabelecimento comercial, em seus artigos 677, 678, 716 e seguintes. Além disso, para efeitos de adoção integral e definitiva da expressão estabelecimento comercial, o termo é mencionado em diversos outros diplomas legais. A Lei nº 9279/1996, nos artigos 124, V, 191 e 203; o Código Tributário Nacional, em seu artigo 133; a Constituição Federal no artigo 155, § 2º, XII, “d”. Vale frisar, sem embargo, que por falta de unidade em seu conceito, muitas vezes a ideia de estabelecimento comercial apresentava uma abrangência demasiada, eis que não havia sido incluída, até então, como uma categoria específica e rigorosamente definida, em nenhum corpo normativo.

A precisa definição do que vem a ser estabelecimento comercial foi obra do Código Civil de 2002, em que foram definidas as bases e limites adequados à uniformização da ideia de estabelecimento. Destaque-se a grande contribuição de Oscar Barreto Filho que, em sua tese de concurso para professor titular da Universidade de São Paulo, bem definiu os critérios e fundamentos em: “Teoria do Estabelecimento Comercial”.

2. O ESTABELECIMENTO COMERCIAL E A FIGURA DO EMPRESÁRIO

Conforme dispõe o artigo 1142 do Código Civil: Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária.

Preliminarmente, é mister mencionar o conceito de empresário e sociedade. O citado artigo afirma que essas figuras, por excelência, são capazes de exercer atividade empresarial, relacionada diretamente ao estabelecimento comercial. O empresário pode ser caracterizado por uma pessoa física ou jurídica, no primeiro caso, ter-se-á o empresário individual, enquanto o segundo nos remete à sociedade empresária. Qualquer que seja o número de sócios componentes de uma sociedade, esses sendo pessoas naturais que vislumbram objetivos empreendedores em comum, e unem-se para explorar certa atividade, não serão vistos como empresários. Apenas a sociedade por eles formada é que tem as características necessárias para ser considerada empresária – pessoa jurídica com personalidade autônoma, sujeito de direito independente (COELHO, 2011). Assim, sócios de sociedade empresária empreendem, investem em uma atividade voltada à exploração e retorno financeiro, não tendo, portanto, características empresariais. Logo, o empresário individual não pode ser confundido com o sócio de sociedade empresária.

O empresário individual deve se encontrar em plena capacidade civil, excetuando-se a hipótese em que, a partir de uma autorização judicial, por meio de alvará e mediante representação ou assistência, um incapaz é autorizado a exercer o papel de empresário individual.

As atividades exercidas por empresário individual são, historicamente, de pequenas proporções econômicas. Não se pode prever, na maior parte dos casos, que apenas uma pessoa possa iniciar uma atividade de exploração econômica que tenha, desde logo, grande peso e importância. Geralmente as atividades exploratórias exercidas por empresários individuais compõem um universo à parte, com características extremamente diversas das atividades empresariais exercidas por grandes sociedades empresárias e grupos econômicos. Tal situação relacionada aos empresários individuais era facilmente vislumbrada, pois o caráter individual da

exploração da atividade trazia consigo limitações das quais não se podiam escapar. Se comparados às sociedades empresárias, não se pode negar que os investimentos de empresários individuais são limitados, e sua oferta de produtos e serviços também o é. Sua influência mercadológica é restrita e sua angariação de capital com o passar do tempo é reduzida. A atividade empresarial individual seria, portanto, marginal eis que fica à margem das atividades econômicas exploratórias mais corpulentas.

O empresário individual, em regra, não explora atividade economicamente importante. Em primeiro lugar, porque negócios de vulto exigem naturalmente grandes investimentos. Além disso, o risco de insucesso, inerente a empreendimento de qualquer natureza e tamanho, é proporcional às dimensões do negócio: quanto maior e mais complexa a atividade, maiores os riscos. Em consequência, as atividades de maior envergadura econômica são exploradas por sociedades empresárias anônimas ou limitadas, que são os tipos societários que melhor viabilizam a conjugação de capitais e limitação de perdas (COELHO, 2011, p. 39).

Contudo, levando em consideração os avanços sociais e a efetiva facilitação de transmissão de informações propiciada pela *internet*, o conceito anterior de empresário individual – visto como um sujeito incapaz de oferecer grandes feitos ao mundo do empreendedorismo – tem, aos poucos, sofrido modificações. A justiça social e a quebra de paradigmas oferecida pelos meios eletrônicos é o que vêm modificando a forma com que as relações socioeconômicas ocorrem.

A efetiva capacidade de crescimento em curto prazo de algumas atividades de porte mediano é uma realidade que não podemos deixar de mencionar. O poder dos meios eletrônicos está, majoritariamente, fundado no fato de que as informações entre usuários da rede mundial são transmitidas com uma velocidade até então inimaginável. Logo, pode-se vislumbrar pequenos negócios virtuais crescendo enormemente, em escala mundial, em um período relativamente curto. Nesse contexto, é de se mencionar a verdadeira explosão e ascensão vulcânica do *Facebook* – uma das empresas de maior influência nas relações sociais em todo mundo.

A modificação de paradigmas antigos está novamente - na história da evolução humana - tendo seu apogeu. Hoje a *internet* toma conta dos lares de grande parte da população mundial e encurta as distâncias entre as realidades culturais, modificando a maneira como ocorrem as relações entre os sujeitos. O convívio virtual traz consigo a capacidade de um ser humano estar em diversos pontos do globo, em instantes, tendo como única ferramenta um computador conectado à rede mundial.

Tais influências são tamanhas, eis que esses tipos de relações jurídicas – virtuais – já dizem respeito à própria condição de existência como sujeito, em muitas culturas. Desta forma, o Direito deve ser readaptado para também abranger essa realidade. Cientes da incrível velocidade com que o mundo virtual vem se transformando em “mundo concreto”, não é de se espantar que muitos sujeitos de direito escolham travar relações jurídico-sociais tão somente por meios digitais. E, naturalmente, todos os sujeitos devem ser amplamente tutelados, razão pela qual a ciência jurídica deve oferecer segurança suficiente para que o mundo virtual não se transforme em um universo paralelo em que a lei não tem participação.

3. O ESTABELECIMENTO COMERCIAL

Com a definição trazida pelo artigo 1142 do Código Civil se pode considerar que o conceito de estabelecimento comercial abrange diversos sub aspectos, de forma que a composição de várias características voltadas ao funcionamento do empreendimento, unem-se, como se fizessem parte de um verdadeiro organismo, compondo, logo, o “estabelecimento comercial”.

É a partir deste estabelecimento que o empresário, ou a sociedade empresária, demonstram maneiras de dar início e continuidade às suas atividades exploratórias. Desta forma, o estabelecimento é a ferramenta à disposição do empreendedor que lhe possibilita uma concreta atuação no mercado.

O conceito aqui tratado não é pré-determinado por elementos básicos e essenciais que compõem todo e qualquer negócio. Sua característica basilar é a mutabilidade de acordo com o empreendimento que se pretende analisar. Lojas físicas, por exemplo, têm seu estabelecimento composto por diversos elementos

básicos somados a alguns elementos individualizados, condizentes e necessários ao atingimento do objetivo final daquele negócio. O estoque, o ponto comercial, as ferramentas de trabalho, os produtos de mostruário, enfim, são elementos comuns que estariam relacionados ao conceito de estabelecimento. Ocorre que a adoção de novas tecnologias agrega objetos até então estranhos ou incomuns a esse conceito, rejuvenescendo-o e o atualizando de acordo com os avanços e anseios sociais.

O fundo de comércio ou o estabelecimento comercial é o instrumento de atividade do empresário. Com ele o empresário aparelha-se para exercer sua atividade. Forma fundo de comércio a base física da empresa, constituindo instrumento da atividade empresarial. (REQUIÃO, 1993, p.203).

Oscar Barreto Filho define o mesmo instituto como sendo “o complexo de bens, materiais ou imateriais, que constitui o instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de determinada atividade mercantil.” (BARRETO, 1969).

O estabelecimento empresarial é a reunião dos bens necessários ao desenvolvimento da atividade econômica. Quando o empresário reúne bens de variada natureza, como as mercadorias, máquinas, instalações, tecnologia, prédio etc., em função do exercício da atividade, ele agrega a esse conjunto de bens uma organização racional que importará em aumento do seu valor enquanto continuarem reunidos. (COELHO, 2011, p. 77).

Naturalmente, como anteriormente tratado, o que não se pode desvincular desse conceito (mesmo que o estabelecimento seja, em verdade, abrangente e, de certa forma, individualizado pelos diversos bens que o compõe) é a sua vinculação à figura do empresário ou da sociedade empresária. É válido observar que o estabelecimento comercial não deve ser confundido com quaisquer outros bens do empresário que não sejam destinados ao exercício de suas atividades, não abrangendo, portanto, a integralidade de seu patrimônio.

Conforme Alfredo de Assis Gonçalves Neto, não se considera pertencente ao estabelecimento a casa de moradia do empresário individual, porque voltada para finalidade distinta.

Quando se fala em estabelecimento imagina-se, desde logo, uma loja com maquinários, instalações, estoques e matérias-primas. Mas, além desses bens de pronta identificação, por que fisicamente visualizáveis no local em que se situa o centro dos negócios do empresário, podem existir, fora do local, como veículos, semoventes e, também, aqueles de natureza incorpórea que aos demais se aglutinam: o ponto comercial, os direitos

relativos à propriedade industrial (...) os softwares etc. (NETO, 2008, p.575).

Há de se ter em conta, porém, que em tempos atuais, em que uma empresa virtual pode ser facilmente estabelecida na residência do empresário individual, o estabelecimento comercial acaba por ser confundido com os bens particulares deste indivíduo. Para que se possa determinar especificamente se o imóvel compõe o estabelecimento, deve-se valer do raciocínio utilizado pela doutrina, pela lei e pela jurisprudência, qual seja; se tais bens forem meios através dos quais o empresário possa administrar seu empreendimento virtual, sem dúvida, tais objetos serão componentes do conceito aqui tratado.

As características corpóreas comumente associadas aos bens que compõem o estabelecimento, atualmente estão, cada vez mais, distanciando-se do conceito hodierno de estabelecimento. As novas possibilidades de negócios jurídicos abrem uma gama de relações com base virtual, que se materializam na vida de cada sujeito. É plenamente possível que um empresário individual, a partir de seu computador situado em sua residência, crie e configure um produto digital de grande valia ao mercado. Tal ideia não subverte, de maneira nenhuma, os conceitos preestabelecidos de empresário e estabelecimento empresarial, apenas relativizam-no. Tal relativização não deve ser encarada como uma possibilidade de corromper e transmutar os conceitos jurídicos até então estabelecidos. Trata-se apenas de uma nova realidade, com contornos próprios, em que os conceitos jurídicos – criados antes do advento dessa tecnologia – podem ser facilmente encaixados.

4. ESTABELECIMENTO VIRTUAL OU DIGITAL

A mutabilidade das relações jurídicas e dos próprios bens de consumo está adstrita a uma adequação jurídico-social. A regulação e constante atualização das relações de consumo é o que contribui para o avanço econômico e social. É o que mantém a capacidade dos sujeitos de direito se vincularem uns aos outros por meio de relações jurídicas reguladas por novas ferramentas, sem que se tenha receio das possíveis consequências causadas por qualquer carência na regulamentação desses negócios jurídicos firmados pelos meios menos ortodoxos. Nesta seara,

pode-se mencionar a figura dos estabelecimentos comerciais virtuais. Tratam-se de locais digitais que geram consequências concretas e são alimentados por diversas relações jurídicas que acontecem simultânea e ilimitadamente em um mesmo espaço virtual. Tais estabelecimentos possibilitam uma facilidade impar às partes que constituem uma relação jurídica – ao comprador proporciona a velocidade e capacidade de pesquisa em busca de melhores ofertas, sem contar a facilidade de poder obter produtos ou serviços sem sair de casa. Aos ofertantes, o mundo virtual possibilita uma franca expansão de mercado, redução de custos com mão de obra e diminuição dos riscos de ocorrerem roubos.

Por tal motivo, há empresários que possuem estabelecimentos físicos e sua continuação em uma página virtual. Por outro lado, há aqueles que possuem apenas lojas virtuais. Aliás, os que hoje exploram a atividade empresarial apenas em estabelecimentos físicos enfrentam crescentes dificuldades de manterem a competitividade. (COELHO, 2011, p. 92-93).

Além disso, no estabelecimento digital pode haver um fácil acesso aos produtos ou serviços ofertados, bem como às informações relativas aos mesmos – é o que se pode chamar de navegabilidade. Outrossim, há também a acessibilidade, que permite remeter o consumidor a outro estabelecimento que o atenda. Pela conectividade, tem-se acesso ao estabelecimento digital por diferentes meios tecnológicos (RIDOLFO, José Olinto de Toledo, 2000, p. 261-262). Por fim, há a escalabilidade, que se refere à possibilidade de um crescente número de visitantes e usuários. (In TOMAZETTE, 2012, p. 91).

Sobre o estabelecimento virtual, exemplifica COELHO:

(...) há também um conjunto de bens empregados pelo empresário para o exercício de sua atividade econômica, mas esses bens não são os mesmos que compõem o estabelecimento comercial de muitos empresários. Daí por se falar em estabelecimento virtual ou digital, eminentemente constituído de bens incorpóreos, inacessível fisicamente. (COELHO, 2002, p. 33).

Há dois tipos de estabelecimento digital: um originário e um derivado. O estabelecimento originário pode ser definido como aquele cuja criação, desenvolvimento e implementação estão desvinculados de atividade comercial formal e organizada que o preceda (In Tomazette, 2012, p.90, Ibid RODOLFO, 2000. p.259). Além dessa divisão, há outras subdivisões relacionadas aos negócios

virtuais. A divisão dos tipos de negócio virtual depende da relação jurídica digital que é travada, bem como dos objetivos e da natureza jurídica do ofertante e do consumidor. Nesse sentido, segundo Fábio Ulhoa Coelho, podem-se dividir os estabelecimentos virtuais em três gêneros. Os estabelecimentos nos quais os compradores são outros empresários com o objetivo de negociar insumos são denominados como B2B ou *business to business*, logo, as relações jurídicas criadas nesse espaço têm características semelhantes àquelas em que um fornecedor oferece um produto a um empresário que não seja consumidor final.

Nos estabelecimentos em que o empresário oferece seus produtos diretamente a um particular, como consumidor final, tais compradores serão consumidores nos termos do artigo 2º do CDC, estes estabelecimentos são denominados B2C ou *business to consumer*.

O último gênero de estabelecimento virtual está relacionado àquele em que nem os ofertantes, nem os compradores, são empresários. Nesse caso, o empresário está vinculado à relação de compra e venda como sendo o intermediador, a ferramenta que disponibiliza oferta e demanda em um *site* da *internet*, administrando e regulando as relações entre ofertante e demandante.

Sobre a regulação dessas formas de negócio digital:

Os contratos celebrados via página B2B regem-se pelas normas do direito comercial. Os celebrados via página B2C, pelo direito do consumidor. No caso da página C2C, as relações entre o empresário titular do estabelecimento virtual e os internautas regem-se também pelo direito do consumidor, mas o contrato celebrado entre esses últimos está sujeito ao regime contratual de direito civil. (COELHO, 2011, p.93).

As características próprias dos estabelecimentos virtuais recebem denominações próprias, a partir das quais se pode definir formalmente um empreendimento virtual e compará-lo aos estabelecimentos físicos. O endereço eletrônico dos estabelecimentos de comércio virtual diz respeito ao seu nome de domínio, que tem fundamental importância na configuração do estabelecimento. É a partir do nome de domínio que o contato entre clientes em potencial e o empreendimento é feito, ou seja, a partir do acesso por meio de computador no estabelecimento virtual, o contato antecedente da relação jurídica começa a ser formado. É através do nome de domínio, também, que o estabelecimento virtual passa a ser conhecido. Cumpre, assim, em relação à página de *internet*, igual

função à do título de estabelecimento em relação ao ponto. (COELHO, Fábio Ulhoa, 2012, p.93).

A partir das lições doutrinárias, não é possível vislumbrar maneira na qual as franquias domésticas virtuais, o comércio eletrônico, e as empresas eletrônicas digitais não estejam compreendidas, em ampla acepção, no conceito de estabelecimento comercial. Todas as mencionadas espécies de negócio, mesmo que tenham uma forte característica digital, contam com um plexo de bens, materiais ou não, constituídos para a exploração do mercado e, acima de tudo, produzem efeitos concretos, gerando influência e trazendo consequências na realidade “não-virtual” dos sujeitos de direito.

Há, porém, diferenciações entre estabelecimentos físicos e virtuais que, em última análise, acabam sendo detalhes cujas consequências práticas na aceitação da instalação de uma empresa, “virtual” ou física, não ultrapassam a esfera terminológica. É importante mencionar que atualmente nenhuma empresa é completamente virtual ou completamente física, assim, seus estabelecimentos comerciais são compostos de ambos os elementos virtuais e físicos, seja qual for a espécie de empresa.

Toda empresa “física” necessita de elementos virtuais para o bem de seus objetivos negociais, eis que *softwares* para controle de vendas e estoque, balanço de caixa, administração de lucros e prejuízos, por exemplo, são ferramentas modernas sem as quais a atividade empresarial fica prejudicada. Por outro lado, às empresas “virtuais” não se possibilita a atuação sem meios físicos de acesso e administração do empreendimento, o computador é o objeto sem o qual não se pode adentrar na realidade digital, e, em última instância, é necessário que um ser humano controle essa ferramenta, fazendo com que, em essência, mesmo as empresas individuais digitais, sejam materiais. Segundo COELHO:

(...) há uma importante diferenciação a ser feita entre o estabelecimento físico e o virtual: o modo de acessibilidade. Ocorrendo o acesso por meio de deslocamento no espaço até o imóvel onde se tem por instalada a empresa, o estabelecimento será denominado físico. Porém, se tal acesso se der por via de transmissão eletrônica de dados, tal estabelecimento pode ser chamado virtual. (...) A imaterialidade diz respeito apenas à forma de acesso e não aos bens que compõem o estabelecimento. (COELHO, 2000, p.35).

E conclui: "... o estabelecimento eletrônico (*cyberstore* ou *virtualstore*) possui idêntica natureza jurídica que o físico." (COELHO, 2000, p.35).

Logo, os negócios jurídicos realizados por meios eletrônicos diferem dos meios físicos convencionais na medida em que, desde as tratativas até a conclusão daquela relação jurídica, é a troca de dados e informações virtuais que age como ferramenta possibilitadora dessa espécie de negócio. Não obstante haja clara definição legal e doutrinária em relação à aplicação de leis às diversas relações jurídicas originadas em estabelecimentos virtuais, a realidade jurisprudencial não tem características de unidade quando o presente assunto entra em pauta.

Por vezes aplicadores do Direito obstam o livre exercício de profissão de empresários individuais que apostam no comércio eletrônico. Talvez, por não estarem atualizados com as diversas possibilidades do mundo digital, esses aplicadores do Direito, comumente, veem grandes empresas desse ramo como uma espécie à parte do mundo real, eis que acompanhadas por uma "nebulosidade" propiciada pela "complexidade" da tecnologia. Naturalmente tal entendimento não deve vingar, além disso, em períodos transicionais como o atual, é natural que alguns aplicadores do Direito menos atualizados afirmem, embora despidos de qualquer razão, que as relações virtuais ainda são um meio para que empresários possam mascarar, simular, ou mesmo encobrir suas verdadeiras atividades, muitas vezes escapando da tributação devida, da regulamentação posta e de outros encargos legais.

É fato que a falta de normatização efetiva e adequada pode anarquizar o espaço virtual. Logo, a preocupação do Poder Judiciário tem suas bases no dilema entre positivismo e neoconstitucionalismo. A legislação acerca desta matéria pode estar perigosamente desatualizada, gerando graves lacunas, além de insegurança jurídica e injustiça social. Por outro lado, a possibilidade interpretativa conferida ao aplicador, nos casos em que não há lei específica que se adeque à matéria, e nem bases sólidas que sirvam de parâmetro ao magistrado, oportuniza a mesma insegurança jurídica e social, além de ocasionar decisões judiciais conflitantes entre si. Muitas vezes, infelizmente, os aplicadores desse chamado Direito neoconstitucional acabam por relativizar os princípios constitucionais - a partir de capacidade interpretativa e ponderativa - no intuito de fundamentar sua decisão.

Logo, em verdade, o fundamento dessa espécie de decisões se perde completamente, abrindo espaço, em âmbito jurídico, ao temor, um subproduto da incompreensão. Então, conseqüentemente, não mais se tutelam as novas relações sociais como se deveria.

5. PONTO EMPRESARIAL

Ponto empresarial físico não é, na letra da lei, pré-requisito para a instauração de um comércio genérico, uma vez que suas particularidades preveem a existência de um *site* – ponto comercial virtual – onde podem ser encontrados os serviços e/ou produtos oferecidos pela pessoa jurídica detentora deste.

No comércio eletrônico e nas características das empresas que têm este como seu único ou principal propósito estão, amplamente presentes, todos os elementos previstos no artigo anteriormente mencionado. Depreende-se desta comparação que, para fins legais, sobretudo de tributação, apenas algumas particularidades afastam os estabelecimentos físicos daqueles estruturados virtualmente, porém, os conceitos fundamentais de direito empresarial se fazem presentes em ambos os casos.

Até o momento de efetiva proliferação dos meios eletrônicos e a possibilidade de se obter uma verdadeira realidade virtual paralela, em termos de direito empresarial, o ponto comercial não mais poderá ser vislumbrado como um elemento decisivo do qual depende o sucesso de um empreendimento. Eis que na *internet* não há melhor localização que outra se compararmos diferentes lojas virtuais. O que torna possível o sucesso do comércio eletrônico é a sua publicidade, sua difusão entre os computadores do maior número de consumidores em potencial.

Em muitos casos, a localização do exercício da empresa se mostra fundamental para o sucesso da empresa. Na maioria dos casos, a clientela do empresário surge e aumenta em função especificamente do local onde se exerce a atividade. Tal localização também pode ser atrativa para os próprios fornecedores (...) (TOMAZETE, 2012, p.101).

A orientação anteriormente transcrita é incompatível se relacionada ao universo virtual. Nesse universo tecnológico a localização do exercício da empresa não é fundamental para o seu sucesso. Vale mencionar a questão da justiça social e da efetiva expansão das oportunidades, conferidas aos pequenos empresários, de

terem seus produtos vistos e, logo expandirem seu empreendimento de forma gradativa e constante. Assim, o conceito de ponto empresarial é modificado substancialmente quando se trata de comércio virtual.

O ponto empresarial é elemento básico componente de um empreendimento. Não se deve partir do pressuposto equivocado que o mesmo precisa ser físico, um lugar. O ponto deve, simplesmente, ser facilmente vislumbrado e compreendido para fins jurídicos, o que de fato ocorre na medida em que há elementos físicos em todo e qualquer ponto empresarial eletrônico.

Portanto nada, em termos legais, obsta o empresário em situar sua empresa em um ponto no espaço virtual. Tal medida não haverá de gerar insegurança uma vez que os elementos e características virtuais da própria empresa – como o nome, o endereço eletrônico, a emissão de notas fiscais eletrônicas, o cadastro em bancos de dados, o histórico de trocas de informações digitais, os contratos de locação de espaço virtual etc., são aspectos suficientemente específicos para que se possa estabelecer um perfil de qualquer empresa de comércio eletrônico.

Da mesma forma, traçando um paralelo entre o ponto físico e o virtual, podem-se vislumbrar outras características de semelhança ímpar entre essas duas realidades. A locação, por exemplo, ocorre tanto em estabelecimentos físicos, quanto digitais, a diferença é o formato do bem que é submetido ao contrato de locação. Em um caso esse bem é imóvel, concreto, palpável, vislumbrado e considerado a partir de suas características materiais e vantagens como a localização, o estado de conservação, o espaço para estoque, estacionamento agregado.

No caso do comércio eletrônico, porém, a simplificação dessas variáveis tão necessárias ao sucesso do empreendimento físico faz com que o risco da atividade empresarial diminua drasticamente. Quando se procura um espaço virtual para hospedar certo empreendimento, não é necessário levar em consideração as diversas variantes e indicadoras de qualidade dos pontos comerciais físicos. Esta vantagem representa segurança e serve de incentivo à própria atividade empresarial e, conseqüentemente, ao avanço econômico e social.

Não se pode vislumbrar a existência de um ponto empresarial estritamente eletrônico. Conforme alertado anteriormente os ideais empresariais estão enraizados

nas vontades e objetivos do ser humano. De qualquer maneira, deve-se compreender que o estabelecimento “virtual” é, acima de tudo e essencialmente, material eis que necessita de ao menos um controlador ou administrador. Logo, o estabelecimento não é fundamentalmente virtual pois a virtualidade decorre apenas da localização do ponto empresarial, no caso, hospedado em um sítio digital e acessado livremente por meio da ferramenta de navegação possibilitada pela tecnologia digital (*world wide web*).

Não obstante, vem-se vivenciando amplas dificuldades por parte da tutela jurídica dessas novas relações, em grande número de casos, para que se exerça a tutela e proteção aos pontos vinculados ao comércio eletrônico, os aplicadores do direito fazem uso de normas genéricas, porém, por vezes insuficientes. Contudo, levando em consideração a necessidade de conferir uma tutela jurisdicional efetiva aos sujeitos de direito e com base nas acepções de direito empresarial, não restam dúvidas de que a proteção ao estabelecimento (independentemente de sua natureza) é imperativa.

A partir desta ideia, demonstra-se ser imprescindível a análise concreta da necessidade de proteção aos pontos empresariais eletrônicos, atrelada à indispensabilidade da formação de uma unidade legal. Desta maneira, pode-se conferir segurança, tanto aos aplicadores do Direito – eis que não terão que se basear em regras genéricas para tutelar as especificidades dos estabelecimento eletrônicos e as relações deles decorrentes – quanto aos sujeitos de direito e à sociedade que, por meio da regulamentação concreta e da estruturação legislativa e judiciária relacionadas a essa tecnologia, poderão definitivamente adotar as relações virtuais como uma realidade da qual não se poderá mais distanciar.

6. A PROTEÇÃO AO PONTO EMPRESARIAL

O ponto empresarial traz consigo algumas características relativas ao próprio negócio. Ou seja, há elementos imateriais intrinsecamente relacionados a um estabelecimento empresarial, como aqueles que dizem respeito à imagem perante a clientela, à localização tradicional daquele estabelecimento, ao grupo de clientes assíduos que o frequentam, à própria estética do imóvel que se confunde

com a do empreendimento, ou seja, elementos que acabam por criar uma relação, entre estabelecimento e cliente, de cunho altamente emocional. Logo, deve-se garantir ao empresário locatário de um imóvel em que se situa seu empreendimento, a possibilidade de manter-se na mesma situação perante sua clientela. Por tal motivo existe o direito de renovação de locação ou, em caso de não renovação, a indenização. Ressalte-se que no caso de locação não há uma dupla propriedade sobre o imóvel, o que há é um direito pessoal do locatário em face do proprietário (RIPERT e ROBLOT, 1963, p.195).

Visando à proteção do empresário que já tem sua clientela formada em função do tempo de empresa, por exemplo, o artigo 51 da Lei nº 8245/91 garante a renovação da locação do ponto comercial ao empresário nos casos em que o contrato de locação, celebrado por escrito, tenha prazo determinado; que o prazo mínimo do contrato a ser renovado ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos; o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.

Logo, nota-se a preocupação legislativa com a proteção da imagem e do próprio estabelecimento empresarial.

É, portanto, também razoável que se tutele as relações de mesma natureza como aquelas inerentes à realidade digital. Deve-se proteger o estabelecimento empresarial como um todo, tutelando a segurança e a continuidade do ponto empresarial eletrônico da mesma maneira e com o mesmo vigor e efetividade da lei protetiva anteriormente mencionada.

Nesse sentido,

Duas referências normativas gerais merecem realce: (1) O dever de indenizar por danos que resultem da prática de atos ilícitos (artigo 927 do Código Civil), como tal entendidos os que se compreendem nas previsões anotadas nos artigos 186 e 187 do Código Civil, este último – destaque – a esclarecer a ilicitude do abuso de Direito. (2) O dever de ressarcimento (expressão utilizada pelo artigo 206, § 3º, do Código Civil) ou de restituição (expressão do artigo 884 do mesmo Código) do que se enriqueceu, sem justa causa, à custa de outrem. (MAMEDE, 2011, p. 277).

Tais são as normas genéricas que guiam a proteção também aos estabelecimentos empresariais eletrônicos. Porém, para que se tenha uma efetividade real, não se pode credenciar normas tão abstratas. A proteção não deve

abranger tão somente parcelas da atividade empresarial. Deve envolvê-la por completo.

A proteção aqui mencionada e almejada traz à tona a universalidade dos elementos que se relacionam ao empreendimento. Deve-se proteger o nome empresarial, blindar legalmente seus dados de maneira a dificultar o acesso por terceiros, atribuir sanções à quebra do sigilo digital, salvaguardar os diversos pontos comerciais eletrônicos – desde o endereço virtual, até toda e qualquer extensão publicitária desse mesmo empreendimento – conferindo-lhes segurança efetiva. Ambiciona-se garantir, pois, a caracterização do ponto empresarial virtual assim como o são os pontos físicos, vale dizer; atuar na tutela efetiva desde a preservação da clientela, até a preservação das características virtuais e de suas materialidades, para que não sofram prejuízos os empreendedores de vanguarda.

Depreende-se da análise dos modelos de empresa expostos por este breve estudo, que a lei brasileira não obsta o surgimento e estabilização legal de empresas, sejam franquias ou não, que não tenham um ponto comercial físico. Tal permissão vai ao encontro das legislações em vigor nos países mais avançados do mundo com a prerrogativa do fomento comercial, arrecadação pública e avanços sociais.

Deve-se traçar, desde logo, um paralelo entre a tutela do ponto empresarial físico, abrangendo os pontos eletrônicos, distanciando, urgentemente a sociedade jurídica dos fantasmas do preconceito que assombram o desenvolvimento socioeconômico e subvertem as vantagens da inclusão de novas tecnologias às relações sociais.

7. NORMATIZAÇÃO ESPECÍFICA

Ante a necessidade de atualização legislativa acerca dos meios eletrônicos, os Ministros José Eduardo Martins Cardozo, Miriam Aparecida Belchior, Aloízio Mercadante e Paulo Bernardo submeteram à apreciação da Presidência da República o anteprojeto de lei (EMI nº. 00086 – MJ/MP/MCT/MC) que dispõe acerca do uso da internet no Brasil. Em relatório anexo ao ante projeto faz-se breve

argumentação em defesa da necessidade de lei específica relacionada ao universo digital, é neste ponto que citam (grifo nosso):

4. Para o Poder Judiciário, a ausência de definição legal específica, em face da realidade diversificada das relações virtuais, tem gerado decisões judiciais conflitantes, e mesmo contraditórias. Não raro, controvérsias simples sobre responsabilidade civil obtêm respostas que, embora direcionadas a assegurar a devida reparação de direitos individuais, podem, em razão das peculiaridades da Internet, colocar em risco as garantias constitucionais de privacidade e liberdade de expressão de toda a sociedade.

Consta, posteriormente, nas considerações presentes no supracitado projeto:

19. No panorama normativo, o anteprojeto representa um primeiro passo no caminho legislativo, sob a premissa de que uma proposta legislativa transversal e convergente possibilitará um posicionamento futuro mais adequado sobre outros importantes temas relacionados à internet que ainda carecem de harmonização, como a proteção de dados pessoais, o comércio eletrônico, (...).

Tal iniciativa reflete uma tímida, porém importante movimentação para que ocorra uma mudança. A partir de um projeto inicial, pode-se conferir às relações jurídicas – que utilizam a internet como seu meio de realização – maior segurança jurídica, evitando maiores incongruências e conflitos entre decisões.

8. CONCLUSÃO

O fato de que as relações pertencentes ao meio eletrônico (ampla e definitivamente adotado pela sociedade) não tenham balizas às quais possam se equilibrar traz consequências inimagináveis, a citar, em visão inicial, a quebra do princípio do tratamento isonômico, relativizado ante a limitação da própria lei uma vez que o assunto é, muitas vezes, tratado livremente pelo aplicador do Direito, desconsiderando-se a complexidade da qual estes contratos são revestidos. O Direito não deve se sujeitar à sorte de conceitos, dos mais diversos, provenientes de alguns magistrados, baseados tão somente em sua capacidade imaginativa com fortes contribuições de uma completa carência de especialidade e sutileza no tratamento conferido aos contratos de franquia e empresas eletrônicas.

Uma vez que ainda não se tem harmonização dos critérios a serem adotados acerca das relações provenientes de *internet*, faz-se essencial que a

ferramenta da qual nossos magistrados devem fazer uso é o bom senso com vistas à manutenção de certa unidade de aplicação normativa constituída pela jurisprudência dominante. Tal situação se faz plenamente possível visto que, em devastadora maioria, pelo menos na matéria aqui tratada, nossos aplicadores do Direito não têm cometido muitas impropriedades. Tal fato, porém, não redime aqueles que permitem e continuam a cometer erros crassos vinculados às relações econômicas tratadas neste artigo. A matéria aqui abordada vincula-se, portanto, à manutenção de garantias fundamentais relativas à liberdade subjetiva que, por sua vez, insere-se em uma realidade de influência negativa direta proveniente de institutos jurídicos desatualizados que podem imprimir dificuldades e enorme insegurança à busca por uma posição econômica de maior prestígio por parte dos sujeitos de direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial** – Direito de empresa. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011;

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro** - Empresa e Atuação Empresarial. 5ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011;

NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. **Direito de Empresa, Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 1º Volume, 21ª Edição. São Paulo: SARAIVA, 1993;

RIPERT, Georges e ROBLOT, René. **Traité élémentaire de droit commercial**. 1º Volume, 5ª Edição. Paris: *Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence*, 1963.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito empresarial**. 1º Volume, 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.